

WYROK
z dnia 5 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Członkowie: Emil Kuriata

Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez: Hewlett-Packard spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Główny Urząd Geodezji i Kartografii w trybie przetargu ograniczonego na *„Implementację i utrzymanie usług INSPIRE i ich brokera krajowego, brokera branżowego oraz szkolenia, na potrzeby projektu GEOPORTAL 2”*

przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcy: konsorcjum wykonawców Asseco Poland SA w Rzeszowie oraz ESRI spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Hewlett-Packard spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Hewlett Packard spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600 000 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) przez Odwołującego Hewlett-Packard spółkę z ograniczoną

odpowiedzialnością w Warszawie, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w procedurze przyspieszonej na „*Implementację i utrzymanie usług INSPIRE i ich brokera krajowego, brokera branżowego oraz szkolenia, na potrzeby projektu GEOPORTAL 2*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi wynosi 16.437.538,36 zł.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 120-182032 w dniu 24 czerwca 2010 r.

Odwołujący w dniu 12 października 2010r. otrzymał pocztą elektroniczną specyfikację istotnych warunków zamówienia, zaś w dniu 22 października 2010r. wniósł odwołanie na brzmienie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, zarządzeniem z dnia 27 października 2010r. zarządził łączne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołań wniesionych przez konsorcjum wykonawców Asseco Poland SA w Rzeszowie oraz ESRI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (sygn. akt KIO 2305/10) oraz Hewlett Packard spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (sygn. akt KIO 2308/10). Krajowa Izba Odwoławcza, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania wniesionego przez konsorcjum wykonawców Asseco Poland SA w Rzeszowie oraz ESRI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, postanowieniem z dnia 4 listopada 2010r., w sprawie o sygn. KIO 2305/10 umorzyła postępowanie odwoławcze.

Odwołujący - Hewlett Packard spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w złożonym odwołaniu podniósł zarzuty naruszenia:

- 1) art. 29 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.
- 2) art. 8 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż Zamawiający dopuści innych wykonawców do prezentacji próbki.

Odwołujący wniósł o zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób szczegółowo opisany w uzasadnieniu odwołania, w szczególności poprzez:

1. wykreślenie ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszystkich zapisów, w których Zamawiający odwołuje się do wymagań, procedur i wytycznych, które zostaną ustalone dopiero po złożeniu oferty bądź zawarciu umowy z wykonawcą, w tym ustalone jednostronnie przez Zamawiającego lub modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie tych zapisów poprzez podanie przez Zamawiającego konkretnej i pełnej treści tych wymagań, procedur i wytycznych;
2. wykreślenie ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszystkich zapisów, w których Zamawiający odwołuje się do dokumentów, wytycznych i procedur, które nie zostały udostępnione Odwołującemu wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia lub modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie tych zapisów poprzez podanie przez Zamawiającego konkretnej i pełnej treści tych wymagań, procedur i wytycznych;
3. wykreślenie ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisu podanego w punkcie 3.2. załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczącego dopuszczenia przez Zamawiającego innych wykonawców do prezentacji próbki danego wykonawcy lub uzupełnienie tego zapisu poprzez wskazanie, iż inni wykonawcy nie będą dopuszczeni przez Zamawiającego do udziału w takiej prezentacji próbki przez danego wykonawcę w sytuacji, gdy próbka lub jej części zostaną zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zgodnie z art. 8 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentuje w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, iż Zamawiający ma obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższa zasada ma podstawowe znaczenie zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Realizacja powyższej zasady przez Zamawiającego daje z jednej strony Zamawiającemu pewność, że będące przedmiotem oferty wykonawcy świadczenie jest dokładnie tym świadczeniem, jakiego potrzebuje Zamawiający, a drugiej zaś strony pozwala wykonawcy na ocenę jakie świadczenie ma być przedmiotem jego oferty oraz możliwość rzetelnej oceny ryzyka i kosztów związanych z wykonaniem takiego świadczenia. Odstąpienie zatem od powyższej zasady przez Zamawiającego powoduje, że wykonawca na etapie przygotowywania i składania oferty nie

dysponuje wszystkimi informacjami jakie są dla niego niezbędne do oceny jakie świadczenie ma zaoferować by było ono zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz oceny ryzyka i kosztów związanych z wykonywaniem tego świadczenia. To zaś może prowadzić bezpośrednio do uniemożliwienia wykonawcy złożenia oferty lub złożenia jej niezgodnie z wymaganiami.

Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., III Ca 1019/06: „Opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.”; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2008 r. (sygn KIO/UZP 1187/08): „Izba w szczególności w odniesieniu do dwóch ostatnich zarzutów wyjaśnia, iż Zamawiający ma obowiązek sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości. Odwołujący, jak i inni uczestnicy postępowania przetargowego, nie mogą się domyślać, jakie intencje przyświecały Zamawiającemu przy takich lub innych zapisach SIWZ. Zamawiający ma prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby odpowiadał jego potrzebom, jednakże nie może wymagać określonych elementów od oferowanego przedmiotu zamówienia, które nie zostały zawarte w opisie przedmiotu zamówienia tylko dlatego, iż wydawały się oczywiste dla bezpośrednich użytkowników Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia stanowi dokument, który jest podstawą potrzeb Zamawiającego i musi być kompletny.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wielokrotnie odwołuje się do wymagań, założeń, wytycznych, procedur, standardów, których albo w ogóle nie podaje albo wskazuje, iż zostaną one przekazane wykonawcy dopiero po podpisaniu umowy. Przykładem takich zapisów mogą być następujące punkty specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- 1) Zamawiający w punkcie 12.8 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż oczekuje, że Wykonawca zobowiąże się do stosowania wytycznych bezpieczeństwa systemów IT, które zostaną przekazane po podpisaniu umowy. Treść wskazanych wytycznych może w sposób bezpośredni wpływać na zakres odpowiedzialności i zobowiązań Wykonawcy, w związku z powyższym powinien być on znany na etapie złożenia oferty, gdyż tylko wtedy umożliwi Wykonawcy należyte oszacowanie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz elementów rozwiązania jakie mogą zostać zaoferowane.
- 2) Zamawiający w punkcie 5 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż oczekuje, że wykonawca zobowiązany będzie do realizacji działań zarządczych (m.in. zarządzanie ryzykiem, zarządzanie zagadnieniami, zarządzanie komunikacją) zgodnie

z wytycznymi, które zostaną przekazane przez Zamawiającego po podpisaniu Umowy. Wytyczne zawierać będą w szczególności procedury postępowania (np. procedura zgłaszania ryzyka) oraz zasady dla obszaru zarządczego (np. klasyfikacja ryzyk projektowych, wzory Rejestrów), które zostały ustanowione dla projektu. Treść wskazanych wytycznych może w sposób bezpośredni wpływać na zakres odpowiedzialności i zobowiązań Wykonawcy, w związku z powyższym powinna być ona znana na etapie złożenia oferty, gdyż tylko wtedy umożliwi wykonawcy należyte oszacowanie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz elementów rozwiązania, jakie mogą zostać zaoferowane.

- 3) Zamawiający zgodnie z punktem 6 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oczekuje, że proces wytwórczy dla Systemu i dokumentacji Systemu, w tym również postaci wyników prac, musi być zgodny w wymaganiach i procedurami Zamawiającego, w szczególności z opracowywanymi wytycznymi dla Systemu Informatycznego Geoportal 2 (SIG), które przekazane zostaną wykonawcy na etapie analizy i projektowania Systemu Geoportal, Treść wskazanych wymagań i procedur może w sposób bezpośredni wpływać na zakres odpowiedzialności i zobowiązań wykonawcy, w związku z powyższym powinien być on znany na etapie złożenia oferty, gdyż tylko wtedy umożliwi wykonawcy należyte oszacowanie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz elementów rozwiązania jakie mogą zostać zaoferowane.
- 4) W § 9 ust 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił, iż zakres świadczenia ma być zgodny z procedurami i wytycznymi Zamawiającego, których treści Zamawiający nie określił. Przy tak sformułowanym wymaganiu treść powyższych procedur i wytycznych jest niezbędna do właściwego zaoferowania tej usługi i jej wyceny.
- 5) Zamawiający, zgodnie z punktem 8 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oczekuje, że wykonawca dostarczy dokumentację wynikającą z niniejszego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz wytycznymi dla dokumentowania Systemu Informacyjnego Geoportal 2, przy czym nie podaje w specyfikacji istotnych warunków zamówienia treści powyższych wymagań.
- 6) Zamawiający, zgodnie z punktem 11 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oczekuje, że zakres wsparcia administracji Systemem musi być zgodny z procedurami i wytycznymi Zamawiającego, przy czym nie podaje w specyfikacji istotnych warunków zamówienia treści powyższych procedur i wytycznych.

- 7) Zamawiający, zgodnie z punktem 12.15 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymaga zobowiązania Wykonawcy do dostarczenia usług biznesowych zgodnie z parametrami ustalonymi z Zamawiającym (np. dla usługi wyszukiwania danych przestrzennych czas potrzebny do przesłania odpowiedzi wstępnej wynosi maksymalnie 3 sekundy w warunkach normalnych). Wstępne ustalenia dotyczące parametrów świadczenia usług zostaną przekazane przez Zamawiającego po podpisaniu umowy i będą podlegały aktualizacji w ramach prac projektowych (min. testowego wdrożenia).
- 8) Zamawiający, zgodnie z punktem 12.20 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymaga zobowiązania Wykonawcy do zapewnienia licencji na infrastrukturę programową (bazy danych oraz aplikacje) dla środowiska testowo - szkoleniowego i produkcyjnego, przy czym Zamawiający:
 - a) nie podał specyfikacji środowiska testowo-szkoleniowego,
 - b) nie wskazał kto odpowiada za określenie specyfikacji środowiska testowo-szkoleniowego,
 - c) a w przypadku środowiska produkcyjnego wymaga zapewnienia licencji na infrastrukturę sprzętową, którą wykonawca jest zobowiązany określić na etapie analizy, projektowania systemu (po podpisaniu umowy) i której nie jest w stanie określić na etapie składania ofert z powodu braku wymagań w tym zakresie,
- 9) Zamawiający, zgodnie z punktem 3.1.1.12 załącznika nr 1 do załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymaga że metadane dla nowych zbiorów i usług powinny być tworzone zgodnie z profilem metadanych opracowanym w ramach Zamówienia na harmonizację, przy czym nie określa w SIWZ profilu tych metadanych.
- 10) Zamawiający, zgodnie z punktem 3.1.2.1.6 załącznika nr 1 do załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymaga że w ramach zamówienia na harmonizację przygotowane zostaną metadane dla zbiorów i usług danych INSPIRE oraz narzędzia do tworzenia, edycji i walidacji metadanych [...]. W ramach przedmiotowego zamówienia konieczna jest integracja produktów wykonanych w ramach zamówienia na harmonizację [...], przy czym Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie określa specyfikacji interfejsów dla produktów, które mają być zintegrowane jak też nie określa terminów dostępności tych produktów.
- 11) Zamawiający, zgodnie z punktem 3.1.2.2.1 załącznika nr 1 do załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określa że nie można wykluczyć, że w ramach ISGiK wdrożenie usług może nastąpić w szerszym zakresie niż to wynika ze specyfikacji

INSPIRE, podczas gdy w SIWZ nie określa, o jaki konkretnie zakres usług, względem specyfikacji INSPIRE, może zostać rozszerzone wdrożenie ISGiK.

- 12) Zamawiający, zgodnie z punktem 3.5.2.1.3 załącznika nr 1 do załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określa że System ma umożliwiać zarządzanie prawami, rolami i uprawnieniami dostępem do Systemu Geoportal, w szczególności zapewnić zgodność z stosowaną polityką bezpieczeństwa i jej wytycznymi, przy czym Zamawiający w SIWZ nie określa treści polityki bezpieczeństwa Zamawiającego jak też jej wytycznych, oraz nie określa wymagań wynikających z polityki bezpieczeństwa i jej wytycznych, za zapewnienie zgodności z którymi będzie odpowiedzialny Wykonawca.
- 13) Zamawiający, zgodnie z punktem 4.1.2 załącznika nr 1 do załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określa że usługi powinny być specjalizacją usług aplikacyjnych zgodnie z wytycznymi dla rozwoju Systemu Geoportal. przy czym Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie określa tych wytycznych.
- 14) Zamawiający, zgodnie z punktem 7.17 nr 1 do załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (opis pakietu 17.2) określa że w ramach pakietu stworzony zostanie magazyn danych INSPIRE. Zostanie on zasilony danymi będącymi wynikiem Zamówienia na harmonizację. Moduł będzie zintegrowany z narzędziami do harmonizacji powstałymi w ramach Zamówienia na harmonizację. Będzie także umożliwiał realizację metod zarządzania udostępnionymi zbiorami danych przestrzennych INSPIRE, opracowanych w ramach Zamówienia na harmonizację, przy czym Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:
 - a) nie specyfikuje struktury, zakresu danych będących wynikiem zamówienia na harmonizację,
 - b) nie określa specyfikacji interfejsów narzędzi do harmonizacji, które powstaną w ramach odrębnego zamówienia, a z którymi opisywany moduł ma być zintegrowany,
 - c) nie specyfikuje metod zarządzania udostępnionymi zbiorami danych, które zostaną opracowane w ramach odrębnego zamówienia, a które wykonawca ma zaimplementować.
- 15) Zamawiający, zgodnie z punktem 7.1 załącznika nr 1 do załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opis pakietu 7.1) określa że w ramach pakietu przygotowana zostanie dokumentacja zarządcza, przy czym jednocześnie Zamawiający określa iż wejściem dla pakietu (czyli informacjami niezbędnymi do wykonania pakietu) są:

wytyczne dotyczące dokumentacji zarządczej, których specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie określa.

Odwołujący podał, że wskazane fragmenty specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowią jedynie przykład sformułowań użytych przez Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia i jednoznacznie wskazują, iż Zamawiający albo w ogóle nie podał części wymagań, które są niezbędne dla określenia przez Wykonawcę co ma zaoferować albo też opisał te wymagania w sposób, który na etapie składania oferty nie daje wykonawcy żadnych informacji potrzebnych do podjęcia w stosunku do Zamawiającego skutecznego zobowiązania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że Zamawiający w punkcie 3.2. załącznika nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż w celu zapewnienia jawności postępowania oraz zachowania zasad uczciwej konkurencji na każdą demonstrację próbki zaprosi także innych wykonawców.

Zdaniem odwołującego, każdy wykonawca ma zgodnie z art. 8 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych prawo dokonania zastrzeżenia poufności swojej oferty, w tym stanowiącą jej część próbki, w zakresie w jakim obejmuje ona informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie jest uprawniony do odbierania Wykonawcy powyższego prawa ani też nie jest uprawniony do ujawniania treści skutecznie zastrzeżonej przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Gdyby dopuścić stanowisko dające Zamawiającemu prawo wyłączania poufności co do skutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wówczas należało by uznać, że w zasadzie to nie wykonawca ale Zamawiający decyduje o tym, co może a co nie być objęte zastrzeżeniem poufności po stronie wykonawcy. Taka interpretacja stała by jednak w jawnej sprzeczności z obowiązującym prawem, w tym z art. 8 ust 3 ustawy. W sytuacji gdy próbka, złożona przez wykonawcę wraz z ofertą, zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca dokona jej skutecznego zastrzeżenia (zgodnie z art. 8 ust 3 ustawy), wówczas Zamawiający jest zobowiązany do zapewnienia poufności zastrzeżonej informacji i nie może doprowadzić do ujawnienia jej innym podmiotom. Dopuszczenie przez Zamawiającego do obecności innych wykonawców podczas prezentacji próbki przez Odwołującego prowadzi zaś wprost do ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa innym podmiotom biorącym udział w postępowaniu, które to podmioty są konkurentami Odwołującego. W związku z powyższym wskazany zapis specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinien zostać usunięty lub też zmodyfikowany poprzez wskazanie, iż w przypadku zastrzeżenia przez wykonawcę całości lub części próbki jako

tajemnicy przedsiębiorstwa inni wykonawcy nie zostaną dopuszczeni do uczestnictwa w prezentacji takiej próbki.

Do postępowania odwoławczego zgłosiło przystąpienie i zostało dopuszczone konsorcjum wykonawców Asseco Poland SA w Rzeszowie oraz ESRI spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – po stronie Zamawiającego.

W odniesieniu do odwołania wniesionego przez Hewlett-Packard Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Przystępujący nie podziela argumentacji Odwołującego, w części w której zarzucono naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wniesiono o wykreślenie z specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisu podanego w punkcie 3.2 załącznika nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącego dopuszczenia przez Zamawiającego innych wykonawców do prezentacji próbki danego wykonawcy lub uzupełnienie tego zapisu poprzez wskazanie, że inni wykonawcy nie będą dopuszczeni przez Zamawiającego do udziału w takiej prezentacji próbki przez danego wykonawcę w sytuacji, gdy próbka lub jej części zostaną zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy. Przystępujący podał, że uwzględnienie odwołania Odwołującego we wskazanej części powodowałoby naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący podał, że ewentualna zmiana postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonana na skutek uwzględnienia odwołania na korzyść Odwołującego się będzie wpływała na sferę praw Przystępującego. Przystępującemu przysługuje bowiem uprawnienie do tego, aby postępowanie zostało prowadzone w sposób jawny, przejrzysty i nienaruszający zasady równości wykonawców (art. 7 i 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), tak aby możliwą była weryfikacja dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych w postępowaniu ofert. Ewentualne utajnienie prezentacji próbki, w przypadku gdy kryteria techniczno-jakościowe próbki stanowią aż 60% oceny złożonych w postępowaniu ofert, będzie powodowało faktyczną nieprzejrzystość dokonanych ocen i pozbawiało innych wykonawców biorących udział w postępowaniu możliwości skutecznej ochrony ich praw, w przypadku ich naruszenia.

Podniesiono, iż sposób i zakres prezentacji próbki opisany przez Zamawiającego w żaden sposób nie powoduje ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego się. Prezentacja próbki ma za zadanie pokazać, w jakim stopniu oprogramowanie wykonuje zadania testowe, a zatem widoczne w czasie prezentacji będą wyłącznie wyniki pracy oprogramowania, a nie i to w jaki sposób oprogramowanie zostało wykonane. Wobec powyższego, prezentacja działania oprogramowania nie może spowodować ujawnienia informacji mogących stanowić tajemnicę

przedsiębiorstwa. Jednocześnie, przeprowadzenie jawnej prezentacji stanowi gwarancję przejrzystego postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowi wyraz poszanowania dla zasady uczciwej konkurencji.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż kwestia postawionych przez Zamawiającego warunków i wymagań dotyczących wykonania zamówienia i ewentualnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz utrudniania dostępu do uzyskania przedmiotowego zamówienia w zakresie wyznaczonym treścią złożonego odwołania, ma istotne i bezpośrednie znaczenie dla wykonawców, którzy ubiegają się o to zamówienie.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowane w odwołaniu i w granicach tego odwołania (zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych) zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia należało uznać, że odwołanie podlega oddaleniu.

1. W odniesieniu do zarzutów zawartych w odwołaniu, wskazujących na nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia w specyfikacji, to jest odesłanie w jej treści do dokumentów i wytycznych nieznanymi wykonawcy i nieokreślonych w specyfikacji, które zostaną przekazane wykonawcom po podpisaniu umowy dostrzec należało, że:

- wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt I. 2 podał główne dokumenty tworzące ramy prawne projektu GEOPORTAL 2 wymieniając Dyrektywę 2007/2/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 marca 2007r. (dyrektywa INSPIRE) wraz z aktami wykonawczymi, transpozycjami, przepisami implementacyjnymi, ustawę z dnia 4 marca 2010 r. o infrastrukturze informacji przestrzennej, ustawę z dnia 17 maja 1989r. Prawo geodezyjne i kartograficzne; w załączniku nr 1 do szczegółowego opisu zamówienia pkt 6 *Kryteria jakości produktów* zamieścił wykaz dokumentów, aktów prawnych oraz wytycznych, norm i źródeł, które należy uwzględnić przy wykonaniu zamówienia.

Zamawiający podał także (załącznik nr 1 do szczegółowego opisu zamówienia pkt 7 *Szczegółowy opis produktów* ppkt 2 Analiza wymagań i architektura Systemu Geoportal, Pakiet 2.1 Analiza wymagań i architektura Systemu Geoportal), że przewiduje się przeprowadzenie analizy funkcjonalnej i pozafunkcjonalnej dla Systemu Geoportal, przygotowanie specyfikacji wymagań oraz projektu technicznego dla tego Systemu, przy czym wspomniany pakiet, zgodnie z harmonogramem prac (załącznik nr 1 *Szczegółowy opis zamówienia* pkt 4) mieści się w ramach drugiego etapu zarządczego.

- Zamawiający – w okolicznościach zmieniających się uwarunkowań również co do szczegółowego zakresu wykonania zamówienia – przewidział rozwiązanie polegające na wprowadzeniu budżetu zmian w ramach asysty powdrożeniowej; Zamawiający na rozprawie podkreślił, że na tym etapie przedmiot zamówienia został opisany w sposób uwzględniający znane wymagania i okoliczności. Wynika to choćby faktu, że mający wpływ na wykonanie tego zamówienia projekt, którego przedmiotem jest podnoszona w odwołaniu kwestia rozwiązań dotyczących metadanych, mająca zostać ustalona w ramach postępowania na harmonizację zbiorów i usług danych przestrzennych – jest w trakcie wylaniania wykonawcy. Postępowanie, którego przedmiotem jest „Rozwój metadanych oraz harmonizację zbiorów i usług danych przestrzennych w projekcie GEOPORTAL2” jest prowadzone od lipca 2010r. zaś w dniu 15 października 2010r. dokonano wyboru wykonawcy w tym postępowaniu.

Podobnie - część regulacji prawnych zmierzających do pełnej implementacji dyrektywy INSPIRE obowiązuje od niedawna lub wchodzi w życie: ustawa z dnia 4 marca 2010 r. o infrastrukturze informacji przestrzennej obowiązuje od kilku miesięcy zaś akt wykonawczy do tej ustawy – Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 października 2010 r. w sprawie ewidencji zbiorów i usług danych przestrzennych objętych infrastrukturą informacji przestrzennej zawierający przykładowo wskazanie, że ewidencję prowadzi się w systemie

teleinformatycznym zintegrowanym z geoportalem infrastruktury informacji przestrzennej, o którym mowa w art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o infrastrukturze informacji przestrzennej, kolejność elementów struktury identyfikatora zbioru danych przestrzennych czy słownik kodów i skróconych nazw tematów danych przestrzennych wchodzi w życie 13 listopada 2010r.

Zamawiający przekonująco wykazał, a wynika to dodatkowo z analizy treści dokumentów związanych z postępowaniem dotyczącym rozwoju metadanych oraz harmonizacji zbiorów i usług danych przestrzennych w projekcie GEOPORTAL2, że produkt, który ma być uzyskany w tym postępowaniu ma także odpowiadać wymaganiom Dyrektywy INSPIRE, co czyni bezpodstawnym wniosek Odwołującego, że nieznane uwarunkowania dotyczące tego projektu powodują utrudnienie w zaplanowaniu i oszacowaniu tego postępowania.

- nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, iż Zamawiający w punkcie 5 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż oczekuje, że wykonawca zobowiązany będzie do realizacji działań zarządczych (m.in. zarządzanie ryzykiem, zarządzanie zagadnieniami, zarządzanie komunikacją) zgodnie z wytycznymi, które zostaną przekazane przez Zamawiającego po podpisaniu Umowy, a zawierającymi w szczególności procedury postępowania (np. procedura zgłaszania ryzyka) oraz zasady dla obszaru zarządczego (np. klasyfikacja ryzyk projektowych, wzory Rejestrów), które zostały ustanowione dla projektu. W ocenie Odwołującego, treść wskazanych wytycznych może w sposób bezpośredni wpływać na zakres odpowiedzialności i zobowiązań Wykonawcy, w związku z powyższym powinna być ona znana na etapie złożenia oferty, gdyż tylko wtedy umożliwi wykonawcy należyte oszacowanie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz elementów rozwiązania, jakie mogą zostać zaoferowane.

Uszło jednak uwadze Odwołującego, że przytoczony w odwołaniu zapis dotyczy zastosowania do realizacji całego przedsięwzięcia metodyki zarządzania projektami informatycznymi PRINCE 2 – Zamawiający wyraźnie podał, że zakres odpowiedzialności i uprawnień dla poszczególnych ról projektowych należy rozumieć zgodnie z zaleceniami metodyki PRINCE 2, w odniesieniu do tej metodyki podał także, że zamówienie będzie realizowane jako Grupa Zadań wykonywana w ramach projektu. Sporny zapis wskazuje zatem na zastosowanie tej metodyki i do charakterystycznych dla tej metodyki dokumentów wyraźnie odsyła. Wynika to wprost ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i stanowiącego załącznik nr 2 do umowy Ramowego harmonogramu realizacji przedmiotu umowy, organizacji projektu i procesu wytwórczego w pkt I *Organizacja projektu*. Zamawiający wyraźnie wskazał, czego będą dotyczyć

udzielone po podpisaniu umowy wytyczne: procedura zgłaszania ryzyka, klasyfikacja ryzyk projektowych czy wzory Rejestrów.

- Odwołujący powołuje się na niedookreślone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zasady dotyczące systemów bezpieczeństwa systemów IT, wskazujące na wytyczne nieznane wykonawcom, które zostaną przekazane po podpisaniu umowy – w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, pkt I. 12 *Zobowiązania wykonawcy* podano jednak czego wskazane wytyczne będą dotyczyć: nadawania uprawnień, tworzenia kopii zapasowych, wytyczne dotyczące budowy hasel, zarządzania zmianami i konfiguracją, zabezpieczenia systemu informatycznego. Bezpodstawną w tych okolicznościach jawi się argumentacja Odwołującego, zaprezentowana na rozprawie, zgodnie z którą Zamawiający oczekuje by dostarczono licencje do docelowego systemu produkcyjnego, co z punktu widzenia wykonawcy czyni utrudnionym spełnienie wymagań bezpieczeństwa; wykonawca nie potrafi ocenić liczby licencji wymaganych aby oszacować wydajność docelowego systemu, nie jest także w stanie oszacować pracochłonności w kontekście harmonogramu nałożonego treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający podał rodzaj i rangę informacji zawartych w spornych wytycznych z zakresu systemów bezpieczeństwa systemów IT, co pozwala wykonawcom w wystarczającym stopniu odpowiedzieć na postawione wymagania. Także informacje dotyczące wymagań stawianych pod adresem systemu dostarczanego przez wykonawców zostały szczegółowo przez Zamawiającego określone: w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w pkt 12 *Zobowiązania wykonawcy* ppkt 17, 18 i 20, Zamawiający podał wymaganą przez siebie ilość licencji i innych elementów infrastruktury, określono także architekturę i komponenty dostarczanego systemu, co czyni bezpodstawną argumentację Odwołującego w powyższym zakresie.

Powyższe skutkowało uznaniem, że nie potwierdził się podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Nie potwierdził się zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oparty na twierdzeniu, że Zamawiający w punkcie 3.2. załącznika nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż w celu zapewnienia jawności postępowania oraz zachowania zasad uczciwej konkurencji na każdą demonstrację próbki zaprosi także innych wykonawców.

Uznano, że zarzut nie znalazł potwierdzenia z następujących powodów:

- sporny zapis dotyczy wyraźnie działania aplikacji (próbki) a nie jej konstrukcji i zastosowanych rozwiązań – wynika to z zapisu załącznika nr 4 do SIWZ, zgodnie z którym *zadeklarowane w ofercie funkcjonalność uznaje się za zgodne ze stanem faktycznym, jeśli wykonana demonstracja pokaże, że wszystkie deklarowane funkcjonalności są zawarte w systemie.*

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części *Procedura przeprowadzania testów* wskazano, że trwająca przez 3 godziny prezentacja ma pokazać działanie aplikacji – jej funkcjonalności, zaś *po przeprowadzeniu demonstracji próbki przez Wykonawcę, Komisja w obecności Wykonawcy zapozna się dodatkowo z materiałami wygenerowanymi podczas prezentacji i przekazanymi Komisji na nośniku danych.*

Udział innych wykonawców został przewidziany w zatem demonstracji próbki, co dotyczy działania aplikacji i jej funkcjonalności.

- zgodzić się należy z Zamawiającym, że brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w spornym zakresie nie stanowi wyłączenia lub ograniczenia stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeśli zatem wykonawca zasadnie zastrzeże odpowiednią część oferty, w tym także tę dotyczącą próbki i zastrzeżona część będzie stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa, to przepisy ustawy prawo zamówień publicznych znajdą zastosowanie. Bezpodstawnym jest zatem wniosek Odwołującego, że poprzez zapisy załącznika nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wprowadził odstępstwo od reguł nałożonych ustawą.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzeżł, że nie mogą one być udostępniane. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) i adresu wykonawcy, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie. Analiza przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzi do wniosku, że pozostałe elementy oferty wykonawca może zastrzec, o tyle tylko, o ile zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa, zamawiający jest zobowiązany do badania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią tajemnicę w rozumieniu art. 11 ust. 4 w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało zdefiniowane w ww. przepisie. Zgodnie z jego brzmieniem *„przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej*

informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności". Jak natomiast wynika z treści orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59), za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Sąd Najwyższy stwierdził także, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa natomiast obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła także, że aby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa uznać za uzasadnione, konieczne jest wykazanie, iż wykonawca podjął działania mające na celu zapewnienie poufności informacji. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, wszelkie odstępstwa od zasad służących zapewnieniu skuteczności praw, przyznanych wykonawcom w zakresie zamówień publicznych, należy interpretować ściśle, a na podmiocie, który powołuje się na odstępstwo, spoczywa ciężar udowodnienia, że rzeczywiście zaistniały wyjątkowe okoliczności uzasadniające jego zastosowanie (zob. ETS wyrok z dnia 17 listopada 1993r. w sprawie C-71/92 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. S.I-5923, pkt 36, wyrok z dnia 3 maja 1994 r. w sprawie C-328/92 Komisja przeciwko Hiszpanii Rec. S.I-1569, pkt 15 i 16, a także wyrok z dnia 2 października 2008 r. w sprawie C-157/08 Komisja przeciwko Włochom).

W świetle powyższego, wykonawca żądający zachowania poufności informacji, musi wykazać, że informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a także, że podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W takim wypadku na zamawiającym ciążył będzie każdorazowo obowiązek oceny zasadności tego zastrzeżenia. Zamawiający powinien w konkretnej sytuacji, w razie zastrzeżenia odpowiednich informacji dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja, czy ma ona charakter technologiczny, czy też inny. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są

zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05). Tak więc tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego.

Institucje zamawiające są zobowiązane do przestrzegania poufnego charakteru wszelkich informacji handlowych przedstawionych przez dostawców w postępowaniach przetargowych. Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał ochronę tajemnicy handlowej za ogólną zasadę (zob. wyrok z dnia 24 czerwca 1986 r. w sprawie 53/85 AKZO Chemie i AKZO Chemie UK przeciwko Komisji Rec. str. 1965, pkt 28, wyrok z dnia 19 maja 1994 r. w sprawie C-36/92 P SEP przeciwko Komisji, Rec. Str. I-1911, pkt 37). Nieujawnienie zatem informacji, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, która została przez wykonawcę zastrzeżona w ofercie, nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, a wręcz przeciwnie - stanowi wyraz ochrony uprawnionych interesów podmiotów gospodarczych uczestniczących w postępowaniu przetargowym.

Z powyższego wynika, że jeśli zawarte w ofercie informacje będą nosiły znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i informacje te zostaną zastrzeżone jako nieznane szerszemu ogółowi podmiotów, rzeczą zamawiającego jest uszanować tak wyrażoną wolę wykonawcy. Intencję tę wyraził także Zamawiający w analizowanym postępowaniu.

Wskazany obowiązek wynika bezpośrednio z ustawy i zamawiający nie ma możliwości wyłączenia stosowania ustawy w tym zakresie, w szczególności poprzez ukształtowanie takiego czy innego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na gruncie analizowanej sprawy, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dają podstaw do wniosku, by sformułowane je w sposób naruszający brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z przedstawionych wyżej względów należało uznać za niepotwierdzony zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższe skutkowało oddaleniem odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....